8 OTT. 1968

CORAM

Reverendiſs. D. Vicario Generali Archiepiſcopali Genuæ

D.D. FRANCISCO M.ª DE VECCHI

RESTRICTUS

FACTI, ET JURIS

Pro

MM. FRANCISCO MARIA SPINULA

Q. EXC. NICOLAI,

ET

FRATRIBUS CROSIA

Q. M. JO: BAPTISTÆ

Contra

M., & R. LEANDRUM DE GENTILIBUS,

ALIOSQUE LITIS, SEU LITIUM

CONSORTES.

GENUÆ; MDCCLV.

Ex Typographia Pauli Scionici; In Platea Scholarum Piarum.

Superiorum permiſſu.

Civica Biblioteca Berio Genova

CIVICA BIBLIOTECA BERIO

F.Ant. Misc. Gen. B 3 11

GENOVA

REVERENDISSIME DOMINE.

DE antiquo formali ſtatu Ædificiorum conſervando licèt rectè monuerit *Vulpianus in L. qui luminibus* 10. *in princ. ff. de ſervit. urban. præd.*, & *in L.* 1. *C. de ſervit.*, & *aqua*, cum aliis cumulatis per Noſtrates Juris Conſultos Delegatos *in Januen. ne luminibus officiatur*, *lunæ* 19. *Septembris* 1661. §. *Quo etiam conferre*, *in Cauſa Doria Balbaſes*, adhuc, cum placuerit MM. de Gentilibus Domum, ac Domunculam, de quibus agitur, funditùs, uti prætenſas ruinoſas, deſtruere, & earumdem faciem immutare, ac in ampliorem Domum convertere contra *Text. in L. an in totum* 3. *C. de Ædific. privat.*, triangulari liti, id cauſam dedit per D. V. Reverendiſſimam decidendæ; M. etenim Franciſcus Maria Spinula innovationi prædictæ, ut ſarta tecta manerent jura proprii Palatii è conſpectu conſtructi, ſe oppoſuit ex jure antiquiſſimæ ſervitutis de altiùs non tollendo, cui Domuncula prædicta ſubjacet; MM. verò Fratres Croſia itidem ſe oppoſuerunt, ne Murus inter dictam Domunculam, & alteram ipſorum contiguam intermedius, & communis deſtrueretur, nevè altiùs tolleretur in eo ſuper ædificando; & denique ijdemmet MM. Spinula, & Croſia ex juribus in ipſos ſuperventis medio ceſſionis per eos reportatæ a M.ca Spinula Novarum, ſive Compoſſeditrice, ſive Participe, ſive demùm Tenutaria prædictarum Domus, & Domunculæ pro quarta parte pro indiviſo, quæ pariter innovationibus prædictis opportuno tempore ante motas lites, & peractas innovationes, ſe oppoſuerat, reportatis conſuetis, & opportunis per dictos MM. Oppoſitores reſpectivis Inhibitionibus de non innovando.

Cumque jamdiù certatum fuerit tam oretenùs, quam in ſcriptis, ut ex Allegationibus Partium Typis editis, juvat tandem, ut faciliori methodo oculis Sapientiſſimi Judicis juſtitia cauſæ, ſeu cauſarum MM. Spinulæ, & Croſia ſubijciatur, ſequentem Facti, & Juris Reſtrictum compendioſè proponere.

CAP. I.

Super Puncto Manutentionis petitæ per M. Franciſcum Mariam Spinulam.

NOn videtur ampliùs diſputandum ſuper competentia Remedii Manutentionis intentatæ per M. Franciſcum Mariam Spinulam, poſtquam M. Peratius Advocatus MM. de Gentilibus in ejus *Allegatione* Typis edita *pag.* 20. *§. Riſpetto alle diſcolpe*, tandem admittit - ibi -- *Non ſi è mai ſognato chi fa le parti de' MM. Gentili di contradire al M. Coſta in quanto alla Teorica legale, che anche per la ſervitù negativa (come per l' appunto è quella, che in oggi ſi cantroverte* altiùs non tollendi) *poſſa intentarſi il rimedio poſſeſſorio ſommariiſſimo di manutenzione ugualmente che l' altro di nunciazione* Novi Operis, *e che ſia di maggior vantaggio, perchè più facile, e più ſpedito il Primo, che il Secondo, ſecondo le Concluſioni fatteſi innanzi dal M. Coſta.*

Minuſque ampliùs diſceptandum videtur de *Theorica Bartoli* jam per Nos allegata circa modum probandi hanc ſervitutem altiùs non tollendi, poſtquam idem M. Peratius *pag.* 21. *§ Se poi dobbiamo*, pariter admittit -- ibi -- *Voglio acconſentire al M. Coſta, che, per fare la pruova della ſervitù* altiùs non tollendi, *non è neceſſario, come egli afferma nel fol.* 9., *averne l' Inſtromento della Coſtituzione, o ſia Impoſizione, nè la Sentenza, che ne decida la competenza, nè il Teſtamento, in cui ſia ſtata ordinata, ma che baſtino ſole congietture, indizj, preſonzioni, e veriſimilitudini.*

Et denique nec etiam in controverſiam amplius venire poteſt Doctrina *Pecchii de ſervit. cap.* 9. *qu.* 29. *n.* 7. innixa *Textui in L. & ſi fortè §. Sciendum ff. de ſervit. vindic.*, & tanquam notabilis, ac menti tenenda, commendata à *Baldo* per Nos allegato in noſtra *Allegatione fol.* 6., poſtquam itidem M. Peratius *dicta pag.* 20. *§. Ne per pruova &c.* admittit diſpoſitionem præcitati Textus, & doctrinam *Pecchii* procedere, quia -- *Nel caſo di detta legge, o vi era precedentemente ſtata impoſta eſpreſſamente la ſervitù* altius non tollendi, *o vi era detta ſervitù acquiſtata, e preſcritta con l' acquieſcenza di colui, al quale era ſtato proibito l' alzamento, e perciò tanto nel primo, che nel ſecondo caſo, calzava a dovere il poſſeſſo, o ſia quaſi, di chi aveva, o per l' impoſizione eſpreſſa, o per la preſcrizione a ſuo favore, la ſervitù.*

Punctus itaque noſtræ controverſiæ ad effectum decernendi Manutentionem favore M. Spinulæ in illa poſſeſſione, ſeu quaſi, in qua reperitur, reſtricta remanſit in videndo, an ſuper Domuncula, de qua agitur, ſufficiens probatio data fuerit in Proceſſu de allegata ſervitute, quæ deſervire valeat ad colorandam poſſeſſionem prædictam.

Qua

Qua probatione ſuppoſita, non obſtat Doctrina *Pauli de Caſtro*, *&* *Floriani* allegata per M. Peratium *pag.* 21. ſub dicto §. *Nè per pruova ec.* quia nec unquam Nos ſomniavimus, quod ex ſolo, & nudo facto, quod Vicinus habeat Domum depreſſam, ego altam, dicar eſſe in quaſi poſſeſſione ſervitutis altius non tollendi, & quod ex hoc solùm juſtificata remaneat petita manutentio in prædicta poſſeſſione, ut æquivocando ſupponit M. Peratius.

Sed quidem diximus, & ſub cenſura Doctiſſimi Judicis conſtanter repetimus, quod ſicuti, ſi cum dicta poſſeſſione, ſeu quaſi, concurreret probatio reſultans ex Inſtrumento, Sententia, ſeu Teſtamento circa conſtitutionem, ac impoſitionem ſervitutis ſuper dicta Domuncula, etiam in ſenſu M. Peratii, talis poſſeſſio, ſeu quaſi, eſſet ſine dubio manutenibilis, eamdem manutenibilitatem aſſequi debeat jam dicta poſſeſſio, quatenus concurrant tot indicia, conjecturæ, præſumptiones, & veriſimilitudines, quæ ſufficiant ad probationem prædictæ ſervitutis.

Pro verificatione autem prædicti ſuppoſiti, nempè dictæ ſufficientis probationis.

Præmittendum eſt Primò, nullam à DD. reperiri traditam certam regulam circa prædicta indicia, conjecturas, præſumptiones, & veriſimilitudines, ita quod iſtæ, & non aliæ, admitti debeant; ſed potiùs admittunt Omnes ſufficere ſimplicia indicia, & conjecturas, etiam leviſſimas, ac meras veriſimilitudines, ut teſtantur DD. per Nos allegati in noſtra *Allegatione Typis edita pag.* 9., *&* 10. §. *Vidi*, & præ omnibus *Card. de Luc. de ſervit. diſc.* 2., *&* *diſc.* 3., quibus addimus *Rot. poſt Pacichel. de diſtan. dec.* 64. *n.* 11., *Torr. variar. tom.* 3. *Miſcell. par.* 2. *qu.* 63. *tit.* 12. *n.* 20. *Gob. conſult. deciſ.* 132. *n.* 30., *Rot. noſtra in Januen. Servitutis die* 20., *&* 27. *Aprilis* 1722. §. *Ipſamet Janua, inter M. Carolum Mariam Pinceti, & M. Jo: Baptiſtam de Rubeis coram Lalli*; qui omnes teſtantur id totum remittendum eſſe prudentis Judicis arbitrio, retenta ſemper regula *Singula, quæ non proſunt &c.*, *ut profitetur Card. de Luc. ubi ſupra, Deciſio in cauſa Balbaſes*, &, aliis prætermiſſis, plenè *Rot. poſt Pacichel. dicta dec.* 64. *n.* 11., *&* 12., *& dec.* 15., *&* 21. *utrobique n.* 2., ubi, quod admittuntur conjecturæ etiam leviſſimæ, & veriſimilitudines, & indicia, quæ aliàs non admitterentur.

Præmittendum Secundò, hujuſmodi probationem non requiri omninò exactam, & perfectam, ſed etiam adminiculativam ſufficere, ut admonet *Card. de Luc. dicto diſc.* 3. *n.* 6. *in fin.*

Quibus ſic præmiſſis prudentiſſimi Judicis arbitrio penſanda proponimus ſequentia indicia, conjecturas, & veriſimilitudines.

I. Magnum ſervitutis adminiculum, ſeù præſumptionem advertit *Card. de Luc. de ſervit. dicto diſc.* 3. *n.* 4. reſultare ratione inveriſimilitudinis ex actu negativo, ſeu non uſu facultatis aliàs competentis in tam diuturno trium Sæculorum, & ultra, ſpatio, elevandi dictam

 Domun-

Domunculam, cujus elevationem modò decantant eſſe adeò utilem, & proficuam, quæque ſemper fuit nimium facilis, maximè in loco Civitatis adeò conſpicuo, & præſertim occaſione ædificationum in dicta Domo, quæ Magna nuncupata, aliàs factarum occaſione ter, & quater neceſſariò ſequtæ reædificationis Tecti dictæ Domunculæ, reædificati potiùs cum coacta depreſſione, & contra Regulas Architecturæ, ut conſpicitur ex Typo, & deponunt Periti. Item occaſione aptandi magnificam Porticum, & Scalas marmoreas in ipſa Domuncula pro ſervitio dictæ Domus Magnæ, ac occaſione Terratiæ dicto Tecto ſuper impoſitæ erga Carubeum tendentem verſus Eccleſiam Divæ Magdalenæ, privando ſe majori commodo proſpectus erga Viam Conſularem Sancti Syri, in quo proſpectu conſiſtit major Nobilitas dictæ Domus, & Domunculæ ferè contemporaneè emptarum, adeoùt omninò impoſſibile ſit, quod tamdiù Poſſeſſores pro tempore ſe voluerint iſtis commoditatibus, & utilitatibus privari; quam inveriſimilitudinem iterum magnum ſervitutis adminiculum vocat *Card. de Luc. ubi ſupra*, *& priùs diſc. 2. ſub n. 14.*, *cum Deciſione in cauſa Balbaſes*, *& Cyriac. contr. 462. n. 34.*

II. Quibus addimus facti relevantiſſimam circumſtantiam in ultimo actu Viſitationis detectam, nempè Tectum dictæ Domunculæ aliàs antiquiſſimis temporibus fuiſſe magis depreſſum, ut ex veſtigiis in muro intermedio cum Domuncula Odona de tempore ejus demolitionis adhuc apparentibus, & de quibus deponunt Periti. Cum itaque illis temporibus tentatum fuerit dictam Domunculam altius tollere, & vix per paucos palmos elevata fuerit cum ſuperimpoſitione Tecti adeò coactè, ut ſupra dictum eſt, ædificati, ſignum evidens eſt, & indicium ferè indubitatum, Poſſeſſori Domunculæ ulteriorem elevationem fuiſſe tunc vetitam, eidemque prohibitioni præſtitam per eum fuiſſe acquieſcentiam, quæ etiam in ſenſu M. Peratii ſuperabundat ad inducendam, & probandam ſervitutem.

III. Conjectura deducitur ex alia magna inveriſimilitudine concurrente ex parte Majorum M. Franciſci Mariæ Spinulæ, quam ponderat *Card. de Luc. dicto diſc. 2. n. 14. verſ. ſecunda conjectura*, quod nobile, & conſpicuum Palatium cum Picturis, aliiſque ornamentis conſtruere voluerint in hac parte reſpondente ſuper Tecto dictæ Domunculæ, & è conſpectu ejuſdem, cum periculo futuræ elevationis ejuſdem Domunculæ, & conſequtivæ privationis illius vividæ lucis, qua ex ejus ſtabili, & perpetua depreſſione fruebatur.

IV. Ex nimia facilitate, & congruentia, qua antiquiſſimi Poſſeſſores omnes de Gentilibus moveri potuerunt ad imponendam ſervitutem huic Domunculæ, ne altiùs extolleretur, favore Authorum M. Spinulæ, dum ipſi quoque hujuſmodi depreſſione indigebant, ne penitùs obſcurerentur tam vicina eorum Domus Magna, & illa, quam modò poſſident MM. Croſia, pariter à MM. Gentilibus proveniens, ut pariter ad propoſitum conſiderat *Card. de Luc. dicto diſc. 2. n. 15., & 16.*

V. Ex

V. Ex conteſtatione per q. Excellentiſs. Nicolaum Spinulam facta q. M. Jo: Nicolao Croſiæ de dicta ſervitute, ſtatim ac vix rumor ſubortus fuit tractatus venditionis dictæ Domus Magnæ, & Domunculæ, quæ diſoluti tractatus effectum produxit, etiam ex eo, quod M. Croſia relationem habuit a Perito ad id deſtinato circa indicia dictæ allegatæ ſervitutis reſultantia ex inſpectione loci, ac Tecti dictæ Domunculæ, ut ad Poſterorum memoriam adnotavit idem M. Jo: Nicolaus, & teſtatur jam dictus Peritus tunc adhibitus. Cui diſſolutioni Tractatus, & privationi libertatis vendendi dictam Domunculam, ulla abſque reclamatione aquieverunt MM. de Gentilibus contra omnem veriſimilitudinem, ſi de dicta ſervitute notitiam non habuiſſent.

VI. Ex confeſſione per alterum ex dictis MM. Gentilibus tunc facta dicto M. Croſiæ de ſubſiſtentia dictæ ſervitutis *altius non tollendi*, licèt adnecteretur qualitas, quod tamquam poſterior Fideicommiſſo haud eſſet attendibilis, ut ex notula ſcripta manu dicti q. M. Jo: Nicolai in actis exhibita.

VII. Ex judicio Peritorum, quod juxta Regulas Architecturę, ſtante dicti Tecti ſtructura, dignoſcatur ita fuiſſe coactè ſtructum ob ſervitutem, quam Domuncula patiebatur, ne altius tolli poſſet, ut perpendit de *Luc. dicto diſc.* 2. *n.* 14.

VIII. Ex Teſtibus apud acta productis, deponentibus de communi traditione, & fama in vicinia, ac etiam de auditu ab Antiquioribus de hujuſmodi ſervitute *De Luc. dicto diſc.* 3. *n.* 6.

IX. Ex animadverſione facta etiam per *Torr. var. dicta quæſt.* 63. *n.* 21., quod nempè prædictæ Domus, & Domunculæ, ac dictum Palatium M. Spinulæ à principio erant omnes DD. de Gentilibus, inter quos fuerunt diviſæ, & ab eis alienatæ in alios, & ad præſens in majori parte; ex quo oritur præſumptio, quod fuerint diviſæ cum hujuſmodi ſervitutibus, ut quoque obſervat *Card. de Luc. de ſervit. dicto diſc.* 3. *n.* 3. *verſ. atque*; ubi, non obſtante via intermedià publicà, quæ caſum Domus adjacentis non diverſificat ab illo Domus è conſpectu poſitæ, ut advertit idem *Card. de Luc. dicto diſc.* 2. *ſub n.* 5., & quæ non tollit cohærentiam, quando ex utraque parte adſunt prædia ejuſdem Domini, ut ævis retroactis erant Domus, de quibus agitur; ex deſtinatione namque prædia ejuſdem Domini habentur pro corpore unico, ad *notat. ad dec.* 14. *n.* 24., *&* 25. *poſt Pacichel. de diſtan.*

X. Et demum de ſubjectione dictæ Domunculæ ſervituti *altius non tollendi* facta legitur iterata mentio uſque ab anno 1583., & 1591. *in antiquiſſimis libris* Authorum dicti M. Franciſci Mariæ Spinulę, in quibus talis mentio pro notitia Succeſſorum, tam quoad onera, quam quoad jura dicti eorum Palatii, fieri debebat: Quos libros, ſtante maximè tam longæva eorum antiquitate, & eximià nobilitate Scribentium, nemo dixerit, ſaltem adminiculativam probationem non conſtituere, dum imò receptum videmus eoſdem in linea pro-

linea probationis eſſe admittendos, *Menoch. conſ.* 402. *n.* 46., *&* *ſeqq.*, ubi de libro referente, *Genu. de ſcript. privat. lib.* 1. *n.*77., *& ſeqq.*, *Socin. Sen. conſ.* 187. *n.* 16., *Rot. dec.* 136. *n.* 7. *part.* 9. *rec.*, *& dec.* 292. *n.* 4., *& ſeqq. par.* 2. *rec.* Quæ quidem antiquiſſimi Libri antiquiſſima iterata adnotatio perpendi debet juxta regulam traditam per *Card. de Luc. dicto diſc.* 3. *n.* 6., quam *Rota* rationabiliter admiſit, nempè, quod ubi non agitur ſuper integra fide præſtanda dicto libro, tunc non intrat inſpectio ſuper exceptionibus, quæ poſſent cumulari, ſed potius dicti Libri conſiderari debent pro ſolo adminiculo cum aliis conjungendo, cum conſueta altera Regula in his materiis perpetuò attendenda *ſingula*, *quæ non proſunt &c.* Undè ſive conſiderentur prædicta alia adminicula pro corroboratione iſtorum Librorum, ſive iſti conſiderentur tanquam conſtituentes adminiculum cum aliis conjungendum, ſemper videtur concurrere omninò ſufficiens probatio, cum hæc, ut dictum eſt, non omninò exacta, & perfecta, ſed etiam adminiculativa, ſufficiat, juxta dictam *Theoricam Bartoli*, *de Luc. dicto diſc.* 3. *n.* 6.

Quare non obſtat *dec.* 24. *poſt Maradeum in Praxi*; quia in ea non agebatur de probanda ſervitute altiùs non tollendi per indicia, conjecturas, præſumptiones, & veriſimilitudines, juxta *Theoricam Bartoli*, de qua nulla prorſus legitur facta mentio in prædicta *Deciſione*, *ſed à dicto libro tantum conventæ ſervitutis probatio pendebat*, ut videre eſt ex dicta Deciſione, & ſic de integra fide præſtanda dicto Libro; quo caſu etiam idem *Card. de Luc. dicto diſc.* 3. *n.* 6. admittit, quod niſi probatio reſultans ex dicto Libro, ſeu Teſtibus, ſit undequaque perfecta, non relevat, & in quo proindè eventu admittit *Rota poſt Marad.*, quod allegata conventio adæquata probatione munita non erat, dum illa ſufficienter haberi non poterat a deſcriptione PP. S. Spiritus, abſque interventu PP. S. Aloyſii, non obſtante antiquitate temporis, quo PP. S. Aloyſii ſe abſtinuerunt ab ædificando, & non obſtante relatione Periti, & Teſtium de eadem conventione deponentium; quæ afferebantur non tanquam adminiculum ſervitutis, ſed ut ex eis ille liber adminiculum, & robur acciperet ad integrè probandam conventionem in eo deſcriptam, ut ſe explicat *n.* 14. *verſ. Prima nempè*, *& n.* 5. Secùs autem res ſe habet in alio diverſo caſu, in quo antiquiſſimi Libri afferuntur tanquam adminiculum, ut ſupra cum aliis conjungendum ad inducendam adminiculativam probationem ipſius ſervitutis, in quo quis unquam dixerit, quod antiquiſſimi Libri à Nobiliſſimis Patritiis conſcripti ſufficiens adminiculum veritatis non faciant, dum ipſamet *Deciſio* prædicta admittit, & probat, quod, concurrentibus adminiculis, libro, licèt privato, indubia fides ſit adhibenda, ex DD. plena manu congeſtis dicto *n.* 5. *ultra ſuperius allegatos*.

Juncta maximè alia concomitanti circumſtantia, quod, ob adeò longævam

gævam Sæculorum antiquitatem, deperdita modo reperiuntur Protocolla Notariorum illorum temporum, & ſignanter illorum enunciatorum in antiquiſſimis Inſtrumentis in proceſſu exhibitis; & qua facti circumſtantià attentà erui nequit veritas in dictis libris enunciata, quæ proindè ſuffocata remanere non debet.

Minuſque adverſus veriſimilitudinem primo loco conſideratam allegari merebatur *Diſcurſus Anſaldi poſt Paulut. diſſert.* 22. *n.* 23. more Advocati in illa cauſa ſcribentis; quia in ſuo caſu nulla alia ſervitutis conjectura adducebatur, niſi prædicta nuda veriſimilitudo reſultans ex non uſu facultatis in habente Domum magis depreſſam, aliis indiciis, & conjecturis deſtituta, ut in dicto *diſc. n.* 18., quam tamen admittit idem *Anſald. n.* 23., aliqua alia concurrente conjectura, ſeu indicio, puta, ubi quis Ædificium magis depreſſum comparatione Vicinorum diù retinuit; ut in caſu noſtro ſemper per Sæcula retinuerunt eorum Domunculam MM. de Gentilibus, licet ex contemporaneitate acquiſitionis dictarum Domus Magnæ, & Domunculæ ſequtæ de anno 1431. appareat ambas fuiſſe acquiſitas gratia amplioris, & commodioris habitationis, ut ſubſequens obſervantia demonſtravit.

Neutiquam relevante aſſerto Fideicommiſſo ſuper dicta Domuncula impoſito, quod ex adverſo allegatur uti prædictæ ſervituri obſtativum, ac eidem reſiſtens.

Poſterioritas namque ſervitutis impoſitionis allegata quidem fuit uſque de anno 1750. per alterum ex MM. de Gentilibus M. Croſiæ, ſed non probata, ut neceſſaria foret probatio ad hanc exceptionem fundandam, in quo MM. de Gentilibus ſunt Actores. Verum, illa quoque probata, videndum eſſet de duratione dicti aſſerti Fideicommiſſi, quod ſtatim expiraſſe authumavit indicata *Deciſio* anni 1714.; ac iterum videndum, an ex lapſu tot Sæculorum, pro validitate impoſitionis ſervitutis præſumendum quoque foret requiſita omnia, ac omnes neceſſarias ſolemnitates interveniſſe, juxta famigerata juris principia.

Quibus, ut ſupra firmatis, fruſtrà ex adverſo contenditur intentatæ manutentionis judicii expeditionem eludere, ſeu ſuffocare ſub ſpecioſo vocabulo *cautionis de demoliendo*, quam in judicio Manutentionis nec Textus, nec DD. unquam ſomniarunt locum habere poſſe, & quam tamquam rem puri nominis etiam in ipſo diverſo Nunciationis novi operis judicio reſpuunt in praxi Tribunalia, ut teſtantur *De Roſa in Prax. Civil. decret. cap.* 12. *n.* 49., *&* 50.; maxime ubi inſtatur pro ſententia in Negotio principali, ex animadverſis per *Card. de Luc. de ſervit. diſc.* 5. *n.* 10., *ad Text. in L. Si is à quo ff. ut in poſſeſ. legat.*, *Gratian. diſcept.* 384 *cum ibi allegatis*, & altero *de Luc. cum Allegatione Card. de Luc.* ibi impreſſà, *Sorge in ſua juriſprud. foren. tom.* 3. *tit. de ædific. conſtruen.*, *aut prohiben. n.* 16.

Fortius autem in caſu noſtro, in quo MM. de Gentilibus non fabri-

 cant, ſed

cant, ſed fabricare faciunt, juxta diſtinctionem approbatam *à Rota dec. 3. n. 8. part. 2. diverſ.*, quam benè eſſe advertendam monet *Urſel. concl. 62. n. 126. verſ. ſed hic*; & proindè cum in eis fabricare facientibus exulet quæcumque utilitas, quam prorſus eliminant Pacta cum Fabricante conventa, non levis inſurgit æmulationis probatio, quæ optimè deducitur ex circumſtantiis arbitrio prudentis Judicis penſandis, *Rot. poſt Pacichel. de diſtan. dec. 30. n. 27., & in adnot. ad cap. 6. membr. 4. n. 54., & in dicto cap. n. 18.*; inter quas prædominatur illa ceſſantis utilitatis, vel ſtante modicitate ejuſdem, *Pacichel. dicto cap. 6. dicto n.* 18. Poſita autem æmulatione, nedum elevatio permitti nequit, ſed facta deſtrui, *Grillenzon. conſ. 152. n. 4., Pacichel. ubi ſupra*, & paſſim Omnes.

CAP. II.

Super Puncto Demolitionis, & Elevationis Muri intermedii

PRO

MM. FRATRIBUS CROSIA.

Quæſtio reſtricta videtur ſuper qualitate dicti Muri, contendentibus MM. Gentilibus illum eſſe proprium eorum Domunculæ; è contra verò contendentibus MM. Croſia illum, uti intermedium, eſſe communem inter utramque Domunculam. Cæterum, dicta communione ſuppoſita, ſilet omnis quæſtio juris inter dictas Partes, ut ex *Allegatione* M. Peratii Typis edita *pag. 22. §. Paſſando finalmente, cum n. ſeqq.*, & in altera ejus *Allegatione m. s. incipien. Tam M. Franciſcus Maria §. M. autem Croſia*, & ſilere debuit; recepta namque in jure eſt concluſio jam per Nos allegata deſumpta ex *Text. in L. Sabinus §. Ædes ff. comm. divid., in L. Fiſtulas, in L. fin., & in L. Parietem ff. de ſervit. urb. præd., & aliis*, quod non liceat Socio in Muro communi pro indiviſo ædificare invito altero Socio, quodque proinde melior ſit conditio Prohibentis, quam latè comprobat *Torr. variar. par. 2. tit. 12. qu. 63. n. 1. 2. 3. 4. pag. 139. Manſ. conſult. 768. n. 5. 6. 7.*, ubi, quod maximè procedit, quando ex tali ædificatione maximum inſurgeret damnum Vicino prohibenti; de quo, & quidem intolerabili, conſtat ex actu Viſitationis.

Et ſine ulla controverſia procedit, ubi Murus inter duas Domos intermedius, & communis, non fuit à principio ad ulterius elevandum conſtructus, ſed merè diviſorius, *ut concordant omnes*; quod

itidem

itidem verificatur in caſu noſtro, in quo occaſione demolitionis dicti Muri innotuit juxta relationem Periti MM. de Gentilibus ædificatum fuiſſe à Solo erga Domum Odonam in ſola groſſitie unciarum ſex, & juxta relationem Peritorum MM. Croſia ædificatum quidem fuiſſe, nempè a Pilaſtro Viæ, uſque ad Pilaſtrellum poſitum in medietate longitudinis Muri, & ad altitudinem uſque ad primum ſolarium Domunculæ Odonæ in groſſitie duorum palmorum, & unciæ unius, in reliquis verò partibus, & ſupra dictum ſolarium in groſſitie dumtaxat dictarum unciarum ſex, quæ Muri debilitas abſque alio Peritorum judicio de per ſe manifeſtat, an Murus eſſet deſtinatus ad ſuperædificandum.

Et quamvis Periti ambarum Partium conveniant huic parvulo Muro adjunctum fuiſſe erga Domunculam MM. Gentilium alterum Murum groſſitiei palmi unius, & unciarum ſeptem, in altitudine à Solo uſque ad antiquum Tectum dictæ Domunculæ, ſeu uſque ad Terratiam Domunculæ Odonæ, ſuper quo utroque Muro exinde uſque ad altitudinem Domunculæ de Gentilibus elevatus fuit Murus groſſitiei duorum palmorum, & unius unciæ, & ſic ad menſuram fundamenti, quod habebat in Solo communi dictus Murus intermedius, juxta Typum de mandato D. V. Reverendiſſimæ efformatum.

Ex hac tamen deducta nova facti circumſtantia, eo magis emicat juſtitia MM. Croſia pro ſubſtinenda prohibitione prætenſæ ulterioris elevationis dicti Muri, ut in puncto advertit *Sabel. reſol.* 15. *n.* 20., ubi Murum fuiſſe ad recipiendum novum ædificium deſtinatum confirmat ex eo, quod per continuationem fuerat inſeparabiliter conjunctus, & unitus Muro, qui a centro uſque ad ſummitatem Domos ipſas ab intra ſubſtinebat, & dividebat, benè cæmentatum, & una cum eo eodem tempore conſtructum, cum eiſdem fundamentis, & ejuſdem groſſitatis.

In noſtro verò caſu nedum ceſſat prædicta inſeparabilis unio, & conjunctio, ac contemporanea conſtructio, ſed imò, ſive dictus Murus in dicta parte ſuperiori ſupra dictam Terratiam ædificatus ſuper utroque Muro conſideretur ejuſdem qualitatis, ut erat uterque Murus in parte inferiori deſcendendo uſque ad Solum, prout cenſendum eſſe ferunt *Paulut. tom.* 1. *par.* 1. *diſſer.* 22. *art.* 3. *n.* 40., *Conſtan. loco proximè citando n.* 124., ubi, quod unus, & idem Paries non debet diverſo jure cenſeri, ſtatim innoteſcit dictum Murum fuiſſe inter dictas Domunculas communem, ſive pro diviſo, ut etiam talis ſemper de jure venit præſumendus, *Conſtant. ad ſtat. urb. annot.* 23., *art.* 2. *n.* 89., ſuper quo proindè ædificare uni Socio non licet invito altero totum Parietem occupando, *Conſtant. dicto art.* 2. *n.* 143., *&* 144.

Sive potius dictus Murus ſuper utroque Muro elevatus, tanquam funditùs ædificatus in Solo communi, tam in ejus parte inferiori a Solo, quam in ejus extremitate in altitudine cenſendus eſt communis pro indiviſo, ut ex dicta ſola circumſtantia communis Soli

ſufficienter talis demonſtratur, juxta regulam, quod Ædificium cedit Solo, quam ad propoſitum affert *Paulut. dicta diſſert.* 22. *art.* 3. *n.* 4. 14., *&* 15., ubi, quod non poteſt quis ſuper Parietem communem habere Parietem proprium; & ſemper ſaltat ad oculos dictum Murum dici non poſſe ædificatum ad illum altiùs tollendum, ſeu ad ædificandum ſuper eum, propter evidentem ejus debilitatem; maximè quià ex relatione Peritorum de mandato D. V. Reverendiſſimæ facta ſub die 13. Novembris 1754. circa qualitatem dicti Muri, antequam deſtrueretur, apparet -- *eſſere ſtato fatto in gran parte di mattoni, con pochiſſimi pezzi di pietra* -- *Proceſſ. pag.* 276.; In quibus terminis quævis etiam ceſſat amaritudo, quod ſemper potior ſit conditio prohibentis, ad *not.* per *Conſtant. dicto art.* 2. *n.* 136., 137., *& ſeq.*, ubi, quod in dubio Paries non cenſetur deſtinatus ad elevandum, ideoque prætendens ſuper illo ædificare, ex quo ſit deſtinatus ad ædificandum, debet ipſe talem aptitudinem oſtendere, cum in hoc dicatur Actor, & Socio prohibenti elevationem tamquam Reo, ſat eſt hujuſmodi deſtinationem, & aptitudinem negare, ac *n.* 139., ubi non confutat, ſed refert, & ſequitur *Sperel. dec.* 54. *n.* 31., *& dec.* 56. *n.* 14., *& ſeq.*, qui teſtatur, quod ſi evidenter non conſtat parietem eſſe deſtinatum ad elevandum, potior eſt conditio prohibentis.

Hanc eamdem qualitatem non deſtruit, ſed mirificè comprobat Proceſſus, & Sententia Illuſtriſs. Magiſtratus DD. PP. Communis anni 1676., quam fruſtra retorquere contendit M. Peratius in dicta ejus *Allegatione pag.* 23. *dicto verſ. Paſſando finalmente*, *& ſeq.*

Cum etenim de illa parte Muri, quæ ſupereminebat Terratiam M. Odoni uſque ad Tectum, ſive fuerit ædificata ſuper Muro communi pro diviſo, ſive communi pro indiviſo, pro ſervitio dictæ Domunculæ de Gentilibus, quia ſemper communis reputatur, ad tradita per *Paulut. dicta diſſert.* 22. *art.* 3. *n.* 18., *&* 19.; uti haud poſſet M. Odonus, niſi ſoluta dictis MM. de Gentilibus dimidia expenſarum per eos factarum in elevatione dicti Muri, ut de æquitate, & communi conſuetudine ſervari teſtatur *Paulut. dicto art.* 3. *n.* 23., *& ſeqq*; & uti diſponit *Statutum noſtrum lib.* 6. *cap.* 13. §. 1.; Rectè de more decrevit Illuſtriſſimus Magiſtratus dimidiam dictarum expenſarum per M. Odonum fore ſolvendam, prout fuit exſoluta dictis MM. de Gentilibus, ex qua ſolutione facta per M. Odonum, & recepta per MM. de Gentilibus, ſequitur per neceſsè, quod per illam M. Odonus aquiſiverit dominium medietatis dicti Muri, ſi fuiſſet proprius Domunculæ Gentilis, ut optimè advertit *Rot. Lucen. apud Palm. allegat.* 264. *n.* 12., *&* 13.

Verùm tantum abeſt, quod in dicta ſententia dictus Murus habitus fuerit uti proprius Domunculæ Gentilis, quin potius per neceſſarium antecedens Illuſtriſſimus Magiſtratus declaravit communem, ſtatim ac ordinavit ſolvendam eſſe dimidiam expenſarum in eleva-

tione dicti

tione dicti Muri factarum a Terratia uſque ad Tectum, juxta cenſuram dicti Statuti in dicto §. 1., non etenim dimidiam dictarum expenſarum, ſed dumtaxat tantum, quantum arbitrati fuiſſent duo Magiſtri Antelami ſolvi demandaſſet, ſi præfatus Illuſtriſſimus Magiſtratus pro comperto habuiſſet, quod Domus MM. de Gentilibus haberet dictum Murum proprium, regentem dumtaxat in parte inferiori trabes, & tigna dictæ Domunculæ Odonæ, & qui Murus nihilominus remanere deberet dictorum MM. de Gentilibus, juxta diſtinctionem, quam inter unum, & alterum caſum facit præcitatum *Statutum in* §. 1., & 2.

Quin ex prædicta declaratione præfati Illuſtriſſimi Magiſtratus circa communionem dicti Muri inferri valeat, ut malè infert M. Peratius in dicta ejus *Allegat.* § *Ultimo* -- ibi -- *Dunque ſe detto Muro è divenuto comune fra eſſi, ed il M. Odone in virtù della detta ſentenza, reſta neceſſariamente deciſo con l' iſteſſa ſentenza, che è deſtinato, non per ſemplice diviſione, per fabbricarviſi, e capace di alzarſi, e che perciò è lecito ad ognuno de' Compartecipi valerſene all' uſo deſtinato, e ſe ciò ebbe luogo allora per il M. Odone, deve in oggi ſimilmente aver luogo per i MM. Gentili*.

Etenim M. Odonus dictum Murum communem altiùs non elevavit, ſed fabricavit in propria Domo, adhærendo dicto Muro, ideoque eo modo ædificavit, quo neque MM. Gentilium Domunculæ, nec Domui vicinæ nocuit, imò omne damnum, & præjudicium ad normam ſententiæ etiam quoad Studiolum, & aquam pluviam Tecti Muro communi ſuperimpoſiti, fuit ipſis præſervatum; quam legem, ſi modo ſervarent MM. Gentiles, nulla eſſet quæſtio, & æqualis eſſet utriuſque Partis conditio, ut objecto punctualiter ſatisfacit *Manſ. dicta conſult.* 768. *n.* 10.

Nec eſt incompatibile, quod Murus eſſet diviſorius, & nihilominus potuerit deſervire pro illa adhæſione, quam in ædificando in propria Domo fecit M. Odonus, *Conſtant. dicta annot.* 23. *art.* 2. *n.* 135.

Minuſque communioni dicti Muri in aliquo officit diſpoſitio prææallegati *Statuti dicto cap.* 13., ſed potius illam ab eo conſtabilitam videmus *ex rubr. ipſa, quod Muri intermedii ſint communes*, quæ, poſtquam evidentia facti demonſtrat dictum Murum eſſe intermedium, tamquam habens ſenſum perfectum, diſponit illum eſſe communem ex vi illius verbi *ſint*, quod denotat veritatem, & rei eſſentiam, *Torr. de pact. futur. ſucceſſ. cap.* 13. *n.* 271., *Giurb. ad conſuet. Meſſan. cap.* 1. *gloſſ.* 5. *n.* 23., *& Parlador. rer. quotid. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 15. poſt *Bartol.*, *& Jaſon. in rubr. ff. de nov. oper. nunc.*, & diſponit idem, quod diſponit Jus commune, & ratio naturalis, *Rot. Lucen. apud Palm. allegat.* 264. *n.* 1.

Suppoſita verò communione prædicta, Statutum intactam relinquit juris communis diſpoſitionem, an, & quando liceat ſuper dicto Muro communi ædificare, providendo dumtaxat in caſu, quo à

Domino

Domino alicujus ex Domibus contiguis fuiſſet altior effectus, quo caſu permittit, quod Dominus alterius Domus poſſit ſe valere de dicto Muro, tamquam communi a principio, ædificando ſuper dicto Muro, & illum altius tollendo, ſoluta tamen dimidià expenſarum dicti Muri priùs elevati; in qua ſpeciali diſpoſitione Statutum non diſponit per modum regulæ, quod Murus communis poſſit altior effici, & fabricari ab uno ex Dominis Domorum contiguarum invito altero, ſed quod, ſi fuerit, ſeu reperiatur altior effectus ab uno ex dictis Dominis, & ſic, ſi fuerit altior effectus, jure permittente, poſſit alter Dominus de eo ſe valere. Nos itaque dum quærimus, an Murus communis poſſit altior effici invito Socio, quærimus de eo, quod in nigro ſupponit Statutum, non de eo, quod diſponit.

Ulteriùs communio dicti Muri a ſuis fundamentis probatur nedum ex præſumptione juris, & eo, quod fuerit ædificatus à principio in Solo communi inter duas Domunculas, ac ex aliis, de quibus ſupra dictum eſt, ſed etiam in Viſitatione apparuerunt ſigna, & conjecturæ proprietatis dicti Muri hinc inde; quando verò uterque Vicinus habet ſigna proprietatis, tunc dicitur verè, & propriè communis, *Conſtant. dicta annot.* 23 *art.* 2. *n.* 91., *&* 92., prout quando uterque eſt in poſſeſſione dicti Muri intermedii, *Conſtant.* ibi *n.* 94.

Ex parte enim MM. Groſia quamplurima adſunt ſigna, & demonſtrationes proprietatis dicti Muri; dum compertum fuit, quod Pilaſtrum erga viam, cui contemporaneè fuit conſtructus Murus, ſivè Murellus, ſubſtinebat Portam Domunculæ Odonæ, & Architravem, ſuper quo adeſt Feneſtra ad recipiendum lumen pro dicta Scala, & ſubſtinebat Scalam, & Solaria ejuſdem Domunculæ, ac trabes, ſeu tigna penetrantia ultra Murellum unciarum ſex, alterum Murum eidem Murello unitum; ſine qua Muri palmi unius, & unciarum ſeptem adjunctione, dictus Murellus aptus eſſe non poterat ſubſtinere appodia Scalæ, & Trabium, & Solaria Domus Odonæ, ac etiam alia appodia ex parte Domus Gentilis, quæ jure communionis cenſentur appoſita, *Conſtant.* ibi *n.* 107., ſine quo Muro intermedio, ita ingroſſato, nullo pacto ſubſiſtere potuiſſent dicta appodia hinc inde; & de neceſſe corruere debuiſſent Scalæ, & Solaria dictæ Domunculæ Odonæ; ex quo ſolùm præbetur manifeſtum indicium, quod Murus ſit communis, *Palm. alleg.* 264. *n.* 4.

Quibus non obſtat, quod in illa parte Muri, qui fuit ſuperædificatus ſuper utroque Muro MM. Gentiles ſuperimpoſuerint eorum Tectum propriæ Domunculæ cum ſtillicidio caſſitante erga Domunculam Odonam, & in eadem parte Muri aperuerint Feneſtram cum Ferriata.

Quia jam diximus, quod hæc, & alia ſigna proprietatis, ſi adeſſent, deſtructa remanent ex demandata, & exequta ſolutione impenſarum dicti Muri, & Tecti facta per M. Odonum. Ultra-

Ultraquamquod ſigna prædicta ex parte unius non excluderent communionem, præſertim in dicta parte Muri ſuperædificata, in concurſu aliorum ſignorum dictam communionem probantium *Conſtant. dicto art. 2. n. 119.*, *Palm. dicta allegat. 264. n. 6.*, ne aliàs dicamus, quod dictus Murus in parte inferiori ſit communis, & in parte ſuperiori proprius unius ex Vicinis, contra juris principia ſuperiùs conſtabilita, ex traditis per *Paulut. dicto art. 3. n. 8.*, *& ſeqq.*, *& n. 40.*

CAP. III.

Quoad Iura competentia

MM. SPINULÆ, ET CROSIÆ

Ex Ceſſione, & Renunciatione

M.ᶜᵐ SPINULÆ NOVARUM.

Rectè M. Hieronyma Magdalena Spinula Novarum petiit, & obtinuit a M. Rota Inhibitionem directam MM. De Gentilibus, ne Domus per eam poſſeſſa pro quarta parte pro indiviſo deſtrueretur etiam ad effectum illam reædificandi, ac rectiſſimè fuit eadem Inhibitio ad ejuſdem inſtantiam, & exindè ad inſtantiam MM. Spinulæ, & Crosiæ ab ea cauſam habentium denuò conceſſa, ac ſæpè prorogata ad tempus, quam demum abſolutè confirmandam ſperamus.

De eorum namquè poſſeſſione quartæ partis pro indiviſo jamdictæ Domus conſtat ex Inſtrumento Locationis ejuſdem factæ de anno 1752. per dictos MM. de Gentilibus pro eorum ratis, & q. M. Spinulam Novarum pro ejus quarta parte; qua attenta poſtquam illam MM. De Gentilibus agnoverunt in Compoſſeſſorem, nequeunt amplius poſſeſſionis quæſtionem eidem, ſive ab ea cauſam habentibus, refricare, *ex vulgatis*. Et fortiùs quia ex actis conſtat de initio dictæ poſſeſſionis adeptæ uſque de anno 1714. pro executione licentiæ Rotalis in ſequelam rei tunc judicatæ pro credito Dotali tunc liquidato.

Non relevante ex hoc poſſeſſionis initio q. M. Spinulam Novarum immiſſum fuiſſe in dictam poſſeſſionem uti Salvianiſtam, qui poſſidere non dicitur, ſeu poſſidere dicitur nomine ſui debitoris.

Tum quia in facto advertendum MM. De Gentilibus hodiernos Adverſarios non eſſe hæredes Debitoris Dotium, pro quibus obtenta fuit immiſſio, nec de dicta hæreditaria qualitate docere poſſe, & proindè excipere haud poſſe de poſſeſſione alterius.

Tum quia

Tum quia in jure prærelata oppoſitio non ſubſiſtit; cum etenim hic modo non agamus de poſſeſſione prædicta quoad effectus concernentes dominium, vel aquiſitionem fructuum rei pignoratæ (hos enim Salvianiſta in ſuum creditum imputare debet) ad quos effectus debitor ipſe poſſidere dici valet; certa eſt juris concluſio creditorem immiſſum quoad alios juris effectus poſſidere, & quidem civiliter, & naturaliter, ut diſtinguendo firmat *Neguz. de pignor. 3. partis memb. 1. n. 31.*

Qua poſſeſſione poſita, cum omnis fructus, ſeu utilitas dictæ quartæ partis Domus pignoratæ, ſpectet ad Salvianiſtam, non verò ad Debitorem, qui paſſus fuit immiſſionem, *Hac ratione labeo ſcribit, nec ædificium, licere Domino, te invito, altius tollere*; quam ſententiam *Vulpianus* putat veram in *L. 7. juncta gloſſ. in verſ. hac ratione ff. de uſufruc., & quomodo quis.*

Quin prædicta textualis ſanctio declinari valeat, eo quod loquatur de Uſufructuario cum Proprietario, non vero de Creditore cum Debitore proprietatem habentem.

Quia (ultraquamquod, ut diximus, noſtra contentio non eſt Creditorem immiſſum inter, & Debitorem immiſſionem paſſum) cum Vulpianus Labeonis ſententiam approbaverit ratione prædicta, quæ locum habet in Creditore immiſſo, & poſſidente pignus, æquè ac in Uſufructuario, novum non eſt, quod a ratione legis extendatur ipſa diſpoſitio, juxta notabilem *Text. in L. Regula §. fin., & ibi Bart., & Bald. ff. de jur., & fact. ignor., L. nomen debitoris §. fin. ff. de legat. 3. Corſet. ſingul. 22., Everard. in loco à ratione L. larga n. 1., & ſeqq. pag. mihi 452.*

Cum maximè longè debilius ſit jus Uſufructuarii in re, cujus habet uſumfructum, quam ſit jus Creditoris immiſſi in re pignorata: ex quo ſimplex Uſufructuarius nunciare non poteſt, licet aliis remediis impedire valeat novum opus, *L. 1. §. fin. ff. de nov. oper. nunc.* Et è contra Creditor, qui habet jus pignoris in re, poteſt nunciare, *ad Text. literalem in L. Creditori ff. de nov. oper. nunc., Voet cum aliis ad lib. ff. 29. tit. 1. de nov. oper. nunc. n. 3.*

Hinc videmus Textus diſponentes de uſufructu extendi in ſubjecta materia ad Creditorem pignoratam rem poſſidentem, ut facit *Pi'aja in addit. ad Iranc. de proteſtat. conſid. 70. n. 2. pag. mihi 170., & Gratian. diſcept. Foren. cap. 654. n. 2. ad 5., ubi Text. in L. 5. in fin. ff. quib. mod. uſufr. amitat.*, in quo diſponitur, quod Proprietarius non poteſt mutare rem, in qua eſt debitus alicui uſufructus, & alios *Textus in L. 23. §. ult., & in L. 19. §. Proprietatis ff. de uſufr.*; in quibus pariter diſponitur, quod Proprietarius non poteſt impedire Uſufructuarium, nec ejus conditionem deteriorem facere, aut aliquod damnum inferre; & demum Textus in *L. æquiſſimum §. Sed ſi ædium ff. de uſufr., cum aliis ibi allegatis ff. eod. tit.*, in quibus itidem diſponitur, quod neque talis mutatio admittitur, quamvis per hujuſmodi formæ mutationem res

nem res

nem res melior efficeretur, & Uſufructuario utilior eſſet; prædictos omnes Textus extendit ad Creditorem Cenſus, licet diſponant de Uſufructuario -- ibi -- *Quæ omnia in propoſito applicantur ad cenſitum* -- *&* *n.* 10., ubi ad effectum firmandi, quod ſine conſenſu non poterat fieri aliqua mutatio formæ fundi cenſiti per Proprietarium ipſius fundi adducit *Text. in L. is qui fundum ff. uſufruc. legat.*

Nec Textus prædicti detorqueri poſſunt, ut aliud non diſponant, niſi quod Uſufructuario competat adverſus Proprietarium ædificare volentem in proprio fundo actio pro refectione damnorum illatorum, vel cautio de illo reficiendo, ſeu de damno infecto, ut nimia, ac mirabili facilitate ex adverſo aſſertum fuit; De hac namque materia Cautionis nec verbum quidem legi poteſt in præcitatis Textibus, minuſque in dicta *L.* 7., cujus verba ſuperius tranſcripſimus, & quæ reaſſumit *Bruneman. in eadem L.* 7. *n.* 4. -- ibi -- *Quid autem ſi vellet Dominus illarum ædium, quarum uſumfructum habeo, ædes illas altius tollere, an poſſum prohibere? Videtur, quod non; quia ædes altiores ſunt prætioſiores; ſed affirm. quia exaltatio ædium ſine mea turbatione, & impedimento fieri non poteſt* --

Nec ex eo, quod Textus in *L. Prætoris* 5. *§. fin. ff. de damn. infect.* diſponat, quod ſi tu habitas domum ruinoſam juxta meam, in qua Titius habebat uſumfructum, ego proprietatem, peto caveri mihi de damno infecto, & Titius etiam petit ſibi caveri, debeas nobis ambobus cavere, ut figurat caſum *Gloſſa* ibi -- & ſic quod tam Uſufructuario, quiam Proprietario debet caveri de damno infecto, ut ſummat *Paul. de Caſtr.*

Minuſque ex eo, quod alter *Textus in L. quamvis* 10. *ff. eod.* diſponat, quod ſi Titius habet proprietatem, Sejus uſumfructum Domus, ſi Domus iſta minetur ruinam, & Vicinus poſtulat ſibi caveri, debent ſibi inſolidum cavere, Proprietarius, ſi ab eo petat, & idem, ſi petat a Fructuario.

Ex diſpoſitione, inquam, prædictorum Textuum, quos allegat *Pilaja ad Iranc. de proteſtat. in addit. ad conſid.* 70. *n.* 2. ad probandam aſſimilationem Creditoris pignoratitii Uſufructuario, nullo pacto inferri poteſt, quod Proprietarius volens ædificare ſuper proprietate Fundi, id poſſit facere cavendo Uſufructuario de reficiendo damno, ſi quod ei inſerri ædificando contigerit; iſta namque illatio, quæ nullo jure, nullave auctoritate fulcitur, eſt contra literam Textus *in dicta L.* 7. *ff. de uſufruct.*, & contra alios Textus, ut ſupra adductos per *Gratian. dicto cap.* 654. ad probandum, quod Creditore, ſicuti Uſufructuario invito, Proprietarius non poteſt innovare fundum, ſive immutare faciem ejuſdem, nec ædificium altius tollere, quod (ut inquit *Faber in ration. ad dictam L. uſufructu* 7. *§. Rei ſoli ver. hac ratione*) altius tolli non poteſt, *quin tectum turbetur. Turbari autem* (ut proſequitur idem

Faber)

Faber) *non debet a Domino citra conſenſum Fructuarii, ſicut nec Uſufructuario citra voluntatem Domini, aut ampliare quidquam, aut etiam id quod inutile eſt detrahere, quamvis melius repoſiturus ſit.*

Nec profectò illatio prædicta ſubſtineri poteſt ex traditis per *Roman. conſ.* 42. *ſub n.* 3. *verſ. hoc primo firmo, & Fulgoſ. in dicta L. Uſufruct. Legato*; quorum neuter loquitur de prædicta ideali Cautione damni infecti, qua mediante ceſſat diſpoſitio prædicti Textus; ſed primus ponit dumtaxàt concluſionem, quod quia Fructuarius non poteſt nunciare Novum Opus, ſi de facto nunciat, poteſt talis nunciatio ſperni; & ſecundus, poſtquam ex dicta *L.* 7. firmavit & ipſe, quod invito Fructuario non poteſt Proprietarius altius Ædificium extollere, licèt non poſſit Fructuarius novum opus nunciare, ſolvit difficultatem, eo quod noſter *Text. in dicta L.* 7. loquatur, & ſit intelligendus, quod Uſufructuarius poſſit prohibere indirectò, licèt medio nunciationis Novi Operis directò prohibere non valeat. Nobis autem ſat eſt firmam ſtare concluſionem textualem prædictam, quod Fructuarius ſive directò, ſive indirectò poſſit prohibere Proprietarium, ne Ædificium altius tolere valeat, quæ limitationem non patiuntur in caſu præſtitæ Cautionis damni infecti, ut ex adverſo prætenſum fuit, ſine Auctoritate, & contra rationem expreſſam in dicto Textu, ac rationem rationis ejuſdem, quam explanat *Doctiſſ. Faber in dicto* §. *Hac ratione*, ibi -- *Pendet igitur hoc ex ratione illa, quam diximus in præcedentibus, quod omnis fructus rei ad Fructuarium pertineat. Omnem enim fructum intelligere debemus omnis temporis. Nullus autem uſufructus, aut certè non tantus percipi poſſet ex ædibus fructuariis eo tempore quo altius tollerentur, aut ex area, dum in ea Ædificium poneretur.*

Cæterum cum etiam ſolius poſſeſſionis commodo ſit referendum, ne quis in re à me poſſeſſa poſſit me invito ædificare, *Gomez. ad L.* 46. *Tauri n.* 19., qui magis probat, ut procedat etiam ſi quis tantùm detineat, & ſive quis non poſſideat rem inſolidum, ſed tantùm pro parte, ut proſequitur ibi, *verſ. quod extende*; ubi, quod talis Poſſeſſor, ſive inſolidum, ſive pro parte, nedum poteſt impedire Ædificium faciendum, ſed ibi factum poteſt propria auctoritate tollere, & deſtruere, ſive dictum Ædificium fiat ab alio Tertio, ſive ab ipſo Conſocio, qui habet partem in re; & cum de poſſeſſione MM. Spinula, & Croſia, ut diximus, dubitari non poſſit, beneficia, quæ Uſufructuario, Creditori hypothecario, ſeu pignoratitio, Poſſeſſori, & ipſi Detentori jura impartiuntur ad impediendas novitates in re per eos poſſeſſa, ambigi non poſſe videtur, quin valeant pleniſſimè exercere.

Planior quoque res eſt circa inhibitam refectionem Domus pignoratæ, quam, invito Creditore, illam jure pignoris poſſidente, facere, ſeu potius fieri facere tentarunt MM. de Gentilibus, quando dicti MM. Spinula, & Croſia ſunt parati illam reficere, quibus id nullo jure prohiberi poteſt, ad *Text. in L. Hactenus* 8. *ff. de uſufr.*, *&*

quomodo

quomodo quis -- ibi -- *Neratius autem ait non poſſe Fructuarium prohiberi quominùs reficiat, quia nec arare prohiberi poſſit, aut colere, & non ſolum neceſſarias refectiones facturum, ſed etiam voluptatis cauſa, ut tectoria, & pavimenta, & ſimilia facere: Neque autem ampliare, nec inutiles detrahere poſſe, quamvis (ut proſequitur L. 9.) meliùs repoſiturus ſit, quæ ſententia vera eſt.*

Hinc fit, quod cum dicti MM. Spinula, & Croſia prædicta facultate ſibi ipſis à jure impertita ſpoliari non potuerint, nec poſſint, cumque nemo juri ſuo renunciare cogi valeat citrà injuriam, omninò ſubſtinendam confidimus conceſſam Inhibitionem.

Abſque eo quod ulla ratio haberi valeat de verbaliter oblatis Cautionibus faciendi, & continuandi ſolutiones; eis namque fidere (quatenus etiam legitimè offererentur, & ſalva indemnitate præſtari poſſent) cogi nequirent, etiam ex eo, quod nemo invitus cogi poteſt ſuum debitorem mutare, quamvis ſi magis idoneus offeratur, ad *Text. in L. ſi mandato meo* § 1. *ff. mandati*.

Et abſque eo quod uſui prædictæ facultatis in aliquo officere valeat altera facti circumſtantia, quod ante factam Ceſſionem, & Renunciationem jurium dictæ immiſſionis favore ipſorum MM. Spinula, & Croſia, ijdemmet DD. Spinulæ Novarum, qui immiſſionem ſuper dicta Domus portione obtinuerunt, uſque de anno 1716. medio publici Inſtrumenti ex cauſa mutui ſe ſe conſtituerint debitores de libr. 2000. Capitalis favore q. M. Stephani Spinulæ q. M. Jo: Baptiſtæ, cum conſueto intereſſe ad rationem quatuor pro ſingulo centenario, & anno; & de anno 1720. de aliis libr. 1400. cum eodem intereſſe, pro cujus Capitalis ſolutione, & majori cautione, ultra generalem hypothecam, in ſpecie hypothecaverint -- *la quarta parte di una Caſa* -- nempè Domus, de qua agitur, prout itidem de anno 1722. q. M. Franciſcus Spinula Novarum ſe pariter conſtituerit debitorem dicti q. M. Stephani Spinulæ ex cauſa alterius mutui de libr. 1200. cum prædicto intereſſe; & demum de anno 1726. de alia partita libr. 360. iterum ſpecialiter, ut ſupra hypothecando -- *la ſuddetta porzione di Caſa, e ſei Botteghe ſotto di eſſa* -- cum clauſula Conſtituti in forma &c., quæ jura poſtremo loco pervenerint in MM. Fratres de Mari, uti hæredes q. M. Hieronymæ Spinulæ Grimaldæ, à quibus quantum ſit pro libr. 1174. 8. reſto fructuum, ſeu intereſſium, & pro importantia dictorum Capitalium in totum conflantium ſummam libr. 6134.0.4. pervenerunt in M., & R. Leandrum Gentilem nomine Perſonæ per eum exclarandæ, qui illa aquiſiviſſe declaravit nomine M. Ferdinandi ejus Fratris, ut ex publicis Documentis.

Etenim prædicta facti circumſtantia impedire nequit uſum prædictæ facultatis competentis dictis MM. Spinulæ, & Croſia, derivantem à prædicta eorum poſſeſſione, quam ſemper habuerunt prædicti eorum Auctores, & habent ipſi MM. Spinula, & Croſia eorum ſingulares Succeſſores, qui in ſe ſe aſſumpſerunt onus ſolvendi præ-

relatum debitum in ſumma verè debita, ſtatim ac compareat legitimus Creditor ejuſdem, qualis nunquam fuit, nec eſt dictus M., & R. Leander, licèt ſe talem apud acta declaraverit.

Hac itaque ſuppoſita frivola oppoſitione, alia æquè potens, ut jam tetigimus, favore noſtrorum MM. Principalium emergit juris adſiſtentia pro ſubſtinenda dicta Inhibitione. Cum etenim Creditori, qui pignori fundum accepit, ſine ulla ceſſione concedatur quaſcumque actiones debitori ſuo competentes poſſe exercere pro tuitione, & conſervatinoe pignoris, ita ut cenſeatur quaſi debitoris procurator *Rom. conſ.* 441. *n.* 4. *per Text. in L. ſi pignori* 29. *ff. Famil. erciſc.*, *&* *L. ei qui* 16. *ff. de ſervit.*, ubi Creditori, cui fundus pignori datus fuit utilis vindicatio conceditur, & fundi utilis petitio, & in ſpecie Novi Operis nunciatio, licèt ageretur de Colono, quando Dominus, qui locavit, obligavit bona ſua pro firmitate Contractus, *Gomez. poſt Paul.*, *Alex.*, *&* *Jaſon. in dicta L.* 46. *Tauri ſub n.* 27. *verſ. adde tamen*; ſicuti q. M. Marcus Antonius Gentilis debitor immediatus impedire potuiſſet demolitionem ſuæ quartæ partis dictæ Domus, nec impediri potuiſſet, ne pro neceſſaria reſtauratione ejuſdem, illam ſuis ſumptibus faceret, minùſque adſtringi potuiſſet, ſine ejus conſenſu, ad ampliores ædificationes, & elevationes faciendum; ſed potius tamquam Particeps, & Condominus, & Socius, alios deſtruere, & reædificare, & ampliare volentes in Domo communi, impedire valuiſſet, ut jam in aliis Notulis punctualibus Auctoritatibus comprobavimus, ita omnia hæc jura exercere valent dicti MM. Spinula, & Croſia uti Creditores hypothecarii, & pignoratitii ut ſupra.

Et fortiùs Condomini, & proprietatem habentes ex translatione omnium jurium in eos facta per dictam M. Spinulam Novarum, in qua ſive ejus Auctoribus dictam aquiſitionem proprietatis controvertere non poteſt M., & R. Leander, qui apud acta produxit ſuperiùs relata Inſtrumenta recepta à Notario Cæſare Baldi, ac jura in eis contenta dicto nomine aquiſivit, in quibus DD. Spinulæ Novarum pro cautione dictorum Creditorum hypothecarunt, ut diximus -- *la quarta parte di detta Caſa* --, & rursùs -- *la ſuddetta porzione di Caſa, e ſei Botteghe ſotto di eſſa* -- & ſic proprietatem, non autem jura Crediti ſuper eis exiſtentia. Poſtquam verò dictus M., & R. Leander replicato facto, nempè aquirendo dicta jura, ac dicta Inſtrumenta producendo, illa approbavit, & veritatem prædictam agnovit, & confeſſus fuit, ad tradita per *Rot. dec.* 749. *ſub n.* 1. *par.* 3. *rec.*, *dec.* 590. *n.* 4. *par.* 4. *tom.* 1., *&* *dec.* 555. *n.* 9. *part.* 1. *rec.*, negare ampliùs nequit veritatem concluſionis jam per Nos allegatæ, & deſumptæ ex *Neguzan. de pign. loco jam citato à n.* 27. *ad* 29. *pag. mihi* 263., *&* *Merlin. de pign. lib.* 2. *qu.* 105. Cui concurrentibus maximè circumſtantiis tam longævi temporis, & impoſſibilitate conſequendi ex fructibus ſatisfactionem importantiæ dicti crediti longè ſuperantis valorem quartæ partis

dictæ

dictæ Domus pignoratæ, impotentia Debitoris comprobata ex ipſamet ſententia Rotali emanata in remedio ſubſidiario *Auct. Res quæ &c.*, & ſubſequta obſervantia; tam ex parte Creditoris immiſſi, qui de dicta ſua portione Domus diſpoſuit, ut ſupra, tamquam propria, illam hipothecando tamquam Dominus, ad tradita per *Merlin. de pign. lib. 2. qu. 65. per tot.*, & ex parte dictorum MM. de Gentilibus, qui facto prædictas diſpoſitiones approbarunt, ut ſupra dictum eſt, nemo eſt, qui dixerit pignus habitum non fuiſſe pro derelicto; quidquid authumaverit *Card. de Luc.* in contrarium allegatus in ſuo longè diverſo caſu, in quo tamen adhuc cauſa illa indeciſa remanſit.

Quæ dicta ſint ex abbundanti; ſive enim (ut diximus) MM. Spinula, & Croſia conſiderentur uti Creditores hypothecarii, pignoratitii, ſive uti Poſſeſſores, ſive demum uti Tenutarii, ſemper jus habent impediendi tentatas innovationes, & alterationes fundi, ex ſuperius expoſitis.

Quin imò evidentiſſimum jus habent Reverendiſſimi Judicis officium implorandi, ut remedio purgationis attentatorum in priſtinum ante omnia reducanrur quæcumque innovata poſt conceſſam, & exequtam Inhibitionem, tenoris -- *Ne audeant ſub quovis pretextu, ſeu quæſito colore proſequi, ſeu proſequi facere fabricam, demolitionem, & aliam quamcumque operationem circa Domum cum diverſis apothecis ſubtus eam &c. Nec aliquid in ea attentare, nec innovare* --

Qua Inhibitione attenta, dubitari non poteſt quæcumque innovata manifeſto attentatorum vitio ſubjacere, eaque privilegiato purgationis remedio revocanda, juxta notiſſima juris principia, de quibus *Card. de Luc. de ſervit. diſc. 7. n. 8. cum ibi allegatis*; ultra generaliter in terminis Inhibitionis per *Rot. dec. 76.*, 132., *&* 275. *part. 11. rec.*

Non relevante clauſula juſtificativa, *ſi quis autem &c.* dictam Inhibitionem de more concomitante.

Quidquid enim male ſenſerit *Grammat.*, *&* *Caroc.* ex adverſo allegati, ab eorum opinione, uti non vera, & à clara juris diſpoſitione aberrante ijſdem relatis, recedendum eſſe monet *Conſtantin. tom. 2. art. 42. de nunc. nov. oper. n. 72. &* 73., ubi quod potius reſidendum eſt in opinione contraria, uti juri, rationi, & magis communi, ex pluribus DD. ibi relatis teſtantibus, quod etiamſi Inhibitio contineat clauſulam prædictam, adhuc cauſat attentata, & ſperni non poteſt, niſi per Judicem fuerit expreſsè revocata, ut etiam plenè probat *Mindan. de mandat. Judic. cap. 7. §. 2. 3. 4.*

Quin prædicta attentata evitari valeant, eo ſub pretextu, quod ædificationi per dictos MM. Gentiles tunc faciendæ præſtitus fuerit conſenſus per MM. Spinulam, & Croſiam in Inſtrumento Ceſſionis ad eorum favorem factæ per dictam M. Spinulam Novarum, in quo occaſione evictionis per eam promiſſæ adhibita fuit declaratio

ratio -- ibi -- *Con dichiarazione a cautela, che le ſuddette promeſſe di evizione, e diffeſa non abbino luogo alcuno per l' effetto dell' anteriorità, potiorità, e credito competente, e che poſſa competere al Proprietario del denaro ſpeſo, e da ſpenderſi per l' accomodo, riſtoro, o altro riguardante la fabbrica di detta Caſa, Caſetta, e Botteghe, alla forma del Decreto del Sereniſſimo Senato.*

Præterquamquod enim fruſtrà, & contra juris principia contenderent MM. De Gentilibus uti poſſe declarationibus, ac pactis in Inſtrumento inter alios celebrato appoſitis, *ad Text. in L. ſi unus §. Ante omnia ff. de pactis, Ruin. conſ.* 11. *n.* 8. *vot.* 1., *Surd. deciſ.* 301. *n.* 2., *Rot. dec.* 471. *n.* 13. *par.* 18. *tom.* 2. *rec.*, adhuc facilimum fuiſſet advertere in eodemmet Inſtrumento Ceſſionis habitam quoque fuiſſe contemplationem ad litem jam inſtauratam, ſeu præparatam medio Inhibitionum jam in utroque Foro impetratarum, quarum intuitu pars non modica pretii dictæ Ceſſionis fuit MM. Ceſſionariis condonata -- ibi -- *Ed a contemplazione ancora degl' intrichi, e litiggi, che vi ſono per la riſtorazione di detta Caſa, Caſetta, e Botteghe, e del preteſo debito per riſtorarla* -- Quæ verba profectò conſenſum aliquem approbtivum non præſeferunt, ſed potius impugnativum, juxta firmata per *Rot. dec.* 465. *n.* 35. *par.* 19. *tom.* 2. *rec.*, *&* *dec.* 76. *n.* 14., *&* *dec.* 349. *n.* 21. *par.* 17. *rec.* & in puncto, quod non dicitur approbare, qui dicit *Prætenſum*, *Rot. dec.* 459. *n.* 30. *par.* 9. *tom.* 2. *rec.*

Nec prædictum conſenſum importare poterant non probata ſcientia, & quidem ſpecifica cum ſuis qualitatibus contentorum in ſuppoſitis Inſtrumentis ad favorem Mutuantis celebratis, & in Decretis Sereniſſimi Senatus, *Rot. dec.* 561. *n.* 14. *par.* 5. *tom.* 2. *rec.*, cujus ſcientiæ defectus potius evincitur ex dicto Inſtrumento Ceſſionis, in quo de mera reſtauratione dictarum Domus, Domunculæ, & Apothecarum, actum fuiſſe in dictis impræſtantiis, & Decretis, ſuppoſitum fuit, non verò de veteri ædificio totaliter deſtruendo, & diruendo, ac nova fabrica conſtruenda, & ultra antiquam formam elevanda, & generosè amplianda, inter quæ non levis conſideratur differentia, per *Conſtant. dicto art.* 42. *n.* 105.

Ex quibus undequaque conſtabilitam putamus juſtitiam MM. Spinulæ, & Croſia ſuper unoquoque Capite ſuperiùs expoſito; quæ tamen omnia Sapientiſſimi Judicis Cenſuræ ſubmittimus.

Paulus Coſta Advocatus.

100858



Civica Biblioteca Berio
Genova